

Senato della Repubblica – Commissione Affari Costituzionali

XVIII Legislatura

A.S. 1825 – Disegno di legge costituzionale recante “Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale nel titolo V della parte seconda della Costituzione”

Audizione del 30 giugno 2020

Prof. Avv. Davide De Lungo

Professore di Diritto Pubblico – Università San Raffaele

Roma – Via degli Scipioni n. 281

davide.delungo@uniroma5.it – 3382523203

Sommario:

1. Introduzione;
2. Due premesse di metodo e una di merito;
3. Aspetti controversi e possibili correttivi:
 - 3.1. Il problema del “riconoscimento” dei casi di attivazione della clausola di supremazia;
 - 3.2. Il problema della retroversione delle competenze dallo Stato alle Regioni;
 - 3.3. Il problema dello strumento di attivazione della clausola di supremazia: emendamenti, leggi delega, decreti legislativi, decreti-legge;
 - 3.4. Il problema dei limiti “quantitativi” o “di profondità” dell’intervento statale;
 - 3.5. Il problema del “triangolo”: la possibile convivenza della clausola di supremazia con la chiamata in sussidiarietà e il potere sostitutivo;
 - 3.6. Il problema della “definitività” delle posizioni espresse in Conferenza: l’assenso prestato come fattore preclusivo del ricorso in via principale e del conflitto intersoggettivo.

1. Introduzione

Grazie Presidente, e tramite lei, grazie alla Commissione e ai suoi autorevoli componenti per l'invito odierno.

Sono chiamato a rendere osservazioni in merito al disegno di legge costituzionale recante «Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale nel titolo V della parte seconda della Costituzione».

Trovandoci in una fase piuttosto avanzata delle audizioni, in cui già molti autorevoli colleghi sono intervenuti, posso dare per presupposti molti problemi d'inquadramento generale, e dedicarmi a una serie di aspetti – per così dire – più specifici, ma a mio avviso densi di risvolti pratici, sinora rimasti abbastanza in ombra.

2. Due premesse di metodo e una di merito

Parto da tre premesse:

- la prima premessa di metodo – doverosa quando si mette mano alla Costituzione – è l'invito a mantenere un atteggiamento per quanto possibile slegato dall'attualità, a compiere uno sforzo di "decantazione". L'emergenza Covid ha senz'altro evidenziato la debolezza dei congegni di raccordo legislativo fra Stato e Regioni, peraltro già da anni oggetto del dibattito politico e scientifico. Tuttavia, quella che oggi è in corso di esame è una riforma relativa al riparto delle competenze fra Stato e Regioni, e non una disciplina dello stato di emergenza, destinata a trovare applicazione assai frequente, non certo eccezionale, e per questo meritevole di essere valutata con le giuste cautele, trattandosi, potenzialmente, di una sorta di "ordigno nucleare"

calato nel Titolo V. Sarebbe opportuno, dunque, bandire approcci emotivi o la suggestione di mitologie costituzionali;

- la seconda premessa, anch'essa di metodo, riguarda l'invito a non immettere nell'ordinamento, finché possibile, "corpi estranei", cercando, là dove si intervenga in sede di riforma, di utilizzare concetti, congegni e categorie già sperimentati e noti agli operatori giuridici, così da evitare incertezze, lunghe fasi di rodaggio e proliferazione del contenzioso. Mi sembra che da questo punto di vista la proposta di riforma sia pienamente soddisfacente, perché si muove attraverso istituti e nozioni (il sistema delle Conferenze, la clausola di supremazia, l'interesse nazionale, l'unità giuridica ed economica) già consolidati o comunque non sconosciuti alla nostra tradizione;

- la terza premessa, questa di merito, riguarda la "opportuna congiunzione", operata dal progetto di riforma in esame, fra clausola di supremazia e sistema delle Conferenze. Guardando a ritroso, la clausola di supremazia è quasi sempre andata congiunta a un bilanciamento istituzionale "compensativo", volto ad assicurare un coinvolgimento delle autonomie territoriali nella definizione dell'indirizzo politico. Nella sua variante più lontana della riforma del 2005 e in quella del 2016, quest'ultima sostanzialmente coincidente col testo attuale, la clausola di supremazia andava in parallelo con la riforma del Senato; qui, con il sistema delle Conferenze. Mi permetto di aggiungere che la scelta di attribuire rilievo alle Conferenze nel procedimento legislativo è forse la conferma definitiva del tramonto dell'aspirazione, almeno nel breve-medio periodo, alla "camera federale", o anche solo all'istituzione della commissione prevista dall'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001, e la presa d'atto del ruolo essenziale che, nella prassi, le Conferenze sono venute assumendo; al punto che non sarebbe peregrino ipotizzarne già ad oggi, *rebus sic stantibus*, una sopravvenuta "copertura costituzionale", in quanto principale se non unico strumento di attuazione del principio di leale collaborazione. La valorizzazione del

sistema delle Conferenze, anziché dell'assemblea rappresentativa, non è però senza costi: si riduce il ruolo del Parlamento nella definizione dell'indirizzo politico, per lo più affidato a un circuito in cui agiscono gli Esecutivi, statale e regionale; il procedimento che si svolge in seno alle Conferenze è fisiologicamente assistito da minori garanzie di trasparenza, pubblicità e tutela delle minoranze, rispetto a quello parlamentare. Per converso, la clausola di supremazia, in un contesto debolmente razionalizzato come è quello del parlamentarismo italiano, attribuisce al Governo un significativo strumento per l'attuazione dell'indirizzo politico di maggioranza: l'intenzione traspare sia dal fatto che l'iniziativa per l'attivazione della clausola spetta al Governo, sia dall'evocazione fra i presupposti dell'interesse nazionale.

3. Aspetti controversi e possibili correttivi

Esaurite le premesse, vengo, come anticipato, a trattare i singoli punti di merito, cercando di combinare per quanto possibile illustrazione degli aspetti controversi e possibili correttivi. La mia attenzione si dedicherà prevalentemente, anche se in via non esclusiva dato il suo inestricabile intreccio col sistema delle Conferenze, alla clausola di supremazia.

3.1. Il problema del “riconoscimento” dei casi di attivazione della clausola di supremazia.

Un primo aspetto, a mio avviso centrale, affinché la clausola di supremazia possa efficacemente assolvere al compito per il quale è congegnata, è quello della effettiva riconoscibilità della legge che ne costituisce esercizio. In particolare, sarebbe opportuno che la legge suprema si autoqualificasse espressamente come tale, nel preambolo o nell'articolato, per due ragioni: da un lato, il dibattito nelle sedi istituzionali e nella sfera pubblica si concentrerebbe immediatamente e nella giusta misura su di essa, garantendo sia l'adeguata ponderazione nel processo deliberativo sia la chiara assunzione delle responsabilità politiche; dall'altro lato, si

eviterebbe – come invece può accadere in casi di impieghi “surrettizi” – di scaricare inevitabilmente sulla Corte costituzionale la necessità di giustificare o meno la legittimità dell'intervento statale *a posteriori*, sulla base di indici presuntivi e altamente discrezionali. L'autoqualificazione, così, mantiene la centralità della politica nell'apprezzamento di cosa costituisca interesse nazionale, unità giuridica, unità economica, rende più trasparente il dibattito e disincentiva la proliferazione del contenzioso, poiché nel silenzio circa l'attivazione della clausola di supremazia, le Regioni saranno più incentivate nel ricercare una pronuncia della Corte circa l'illegittimità dell'intervento statale. Mi sembra opportuno ricordare al riguardo che, nella sentenza capostipite n. 303 del 2003 e nei primi filoni giurisprudenziali successivi (cfr. in particolare la sent. n. 232 del 2011), la Corte costituzionale avesse richiesto al legislatore di autoqualificare come tale – tramite esplicitazione dei presupposti – la legge esercizio della chiamata in sussidiarietà. L'obbligo di autoqualificazione – se non di vera e propria motivazione – potrebbe essere prescritto all'interno di una eventuale legge di attuazione del nuovo art. 117, ultimo comma.

3.2. Il problema della retroversione delle competenze dallo Stato alle Regioni.

Un altro problema centrale è quello della retroversione, o retrocessione, delle competenze, dallo Stato alle Regioni. In altre parole: se, quando e a quali condizioni la competenza avocata dallo Stato può essere riesercitata dalle Regioni? In linea teorica, il trasferimento di competenze non dovrebbe essere definitivo, perché altrimenti, a ben vedere, si consentirebbe a una fonte legislativa di disporre in via permanente del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni, il quale risulterebbe in tal modo sostanzialmente decostituzionalizzato. Sul piano pratico, data la diversità delle materie, dei presupposti e delle finalità che giustificano di volta in volta l'attivazione della clausola, anche per evitare paralizzanti incertezze foriere di contenzioso, sarebbe opportuno che fosse la singola legge “suprema” a specificare quali siano le condizioni

temporali e i margini materiali di riattivazione della competenza regionale. Anche questo potrebbe essere un contenuto minimo necessario della legge di attivazione della clausola di supremazia, da prescrivere all'interno di una ipotetica legge di attuazione del nuovo ultimo comma dell'art. 117.

3.3. Il problema dello strumento di attivazione della clausola di supremazia: emendamenti, leggi delega, decreti legislativi, decreti-legge.

Ancora, un profilo meritevole di attenzione riguarda lo strumento attraverso il quale può essere attivata la clausola di supremazia. Secondo l'articolato, l'intervento in supremazia si opera «su proposta» del Governo, con «legge dello Stato».

Stando alla lettera, parrebbe che la riforma ponga al riguardo una riserva di legge formale: sembra, cioè, che la clausola di supremazia possa essere attivata solo con legge ordinaria, non anche con atti aventi forza di legge. Facendosi riferimento alla proposta, e non all'iniziativa in senso tecnico, potrebbe poi argomentarsi che il Governo possa attivare la clausola di supremazia anche mediante emendamenti.

Ora, che si tratti di una riserva di legge formale, è probabile ma non certo scontato: il riferimento alla legge, in Costituzione, è nella maggior parte dei casi ritenuto comprensivo sia della legge che degli atti aventi forza di legge; qui, poi, la formula «legge dello Stato» pare più funzionale a individuare il soggetto competente (lo Stato) che non l'atto-fonte (la legge ordinaria). Questi problemi, peraltro, erano stati già sollevati rispetto al testo della riforma costituzionale del 2016, che recava una identica formulazione, e che prescriveva un particolare meccanismo di conversione per i decreti-legge in supremazia, così ammettendo che pure questi potessero essere impiegati per attivare la clausola.

I problemi che qui mi pongo non sono solo di ordine formale, ma pratico, e richiederebbero per lo meno un supplemento di riflessione o un chiarimento, al fine di scongiurare incertezze applicative.

Cominciando dalla possibilità di utilizzare emendamenti per impiegare la clausola di supremazia, la criticità principale attiene al problema di individuazione dell'intervento in supremazia e della trasparenza del dibattito: andrà qualificato come tale, e acquisito rispetto ad esso il consenso in sede di Conferenza, solo l'emendamento o l'intero provvedimento? E nel caso di maxiemendamento? In quale segmento procedurale, rispetto alla formulazione dell'emendamento, andrà acquisito il punto di vista della Conferenza? Prima o dopo la presentazione?

Circa la delega legislativa, poiché il primo segmento del procedimento ex art. 76 Cost. è costituito da una legge ordinaria, non sembra dubbio che questa possa essere utilizzata per attivare la clausola di supremazia. In questo caso però occorre chiedersi se il coinvolgimento delle Conferenze si possa limitare alla sola legge di delega, o si debba estendere anche all'approvazione dello schema di decreto legislativo: penso, a proposito, alla giurisprudenza costituzionale sulla riforma Madia, e alla sentenza n. 251 del 2016, dedicata, appunto, alla realizzazione della leale collaborazione nell'ambito dei procedimenti di delegazione legislativa.

Ma è con riferimento al decreto-legge che forse si pongono gli interrogativi più rilevanti. Guardando ai presupposti di attivazione della clausola di supremazia – unità giuridica ed economica, interesse nazionale – sembra difficile dubitare che tali situazioni siano anche quelle che più di frequente possono giustificare l'uso della decretazione d'urgenza, specie nella lettura assai lasca che si offre ai requisiti della necessità e dell'urgenza. Ebbene, intravvedo due scenari, entrambi non privi di criticità: a) se riteniamo che la clausola di supremazia possa essere attivata solo con legge ordinaria, escludiamo l'utilizzo del decreto-legge da una "platea" d'interventi

spesso necessari e urgenti; esclusione che, a mio avviso, sarebbe probabilmente superata nella prassi, poiché i presupposti di straordinaria necessità e urgenza saprebbero trovare altri canali per consentire alla decretazione d'urgenza, che in fondo rappresenta una quota assai rilevante della produzione normativa di rango primario statale, di realizzare interventi compressivi delle attribuzioni regionali. Peraltro, con una tecnicità piuttosto elementare, forme di esercizio della clausola di supremazia potrebbero essere inserite dal Governo in via di emendamento nell'ambito della legge di conversione dei decreti-legge; b) se invece riteniamo che la clausola di supremazia possa essere attivata con decreto-legge, occorre specificare in quali forme e secondo quali tempistiche vada inserita l'interlocuzione con le Conferenze, in modo da conciliarla con la straordinaria necessità e urgenza del provvedimento.

3.4. Il problema dei limiti “quantitativi” o “di profondità” dell'intervento statale.

Per come formulata, e per l'ampiezza dei presupposti che ne giustificano l'esercizio – sostanzialmente di natura politica e valutativa – la clausola di supremazia consente allo Stato incursioni pressoché illimitate, sotto il profilo quantitativo, nelle competenze regionali, concorrenti e residuali. Mentre, infatti, la chiamata in sussidiarietà e l'esercizio delle competenze trasversali sono state subordinate dalla giurisprudenza costituzionale ai limiti della ragionevolezza e proporzionalità, tali criteri non figurano nel nuovo istituto. Il controllo della Corte, peraltro, sarebbe assai tenue e circoscritto verosimilmente a casi di non manifesta irragionevolezza. La Commissione potrebbe dunque valutare, ove fosse sua intenzione accompagnare l'intervento del legislatore nazionale con “vincoli di profondità”, richiamare i principi di ragionevolezza e proporzionalità, o almeno il principio di sussidiarietà, che in fondo ricomprende i primi due; oppure circoscriverne l'ambito di operatività alle materie concorrenti (come previsto dall'art. 72 della Costituzione tedesca ma – beninteso – in un sistema in cui le competenze concorrenti sono intese in modo del tutto diverso da quanto avviene

nell'ordinamento italiano), sulla base di una valutazione già operata a monte dalla stessa Costituzione circa l'insussistenza di interessi nazionali o ragioni di unitarietà nelle materie residuali.

3.5. Il problema del “triangolo”: la possibile convivenza della clausola di supremazia con la chiamata in sussidiarietà e il potere sostitutivo.

Un tema con il quale confrontarsi è quello dell'innesto della clausola di supremazia all'interno di un sistema che già contempla, in via normativa, il potere sostitutivo ex art. 120 Cost., e la chiamata in sussidiarietà forgiata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Con riferimento al potere sostitutivo – rispetto al quale, come ben evidenziato anche nelle precedenti audizioni – si possono porre in teoria problemi di coordinamento, anche alla luce della parziale corrispondenza dei presupposti di attivazione (garanzia dell'unità giuridica ed economica), si può qui rilevare come i due strumenti restino tutto sommato distinti: in via di massima approssimazione, il potere sostitutivo è esercitabile in caso di attività ad esercizio necessario, per lo più a carattere provvedimentale-amministrativo, e nei confronti degli enti inadempienti, dunque di regola con efficacia territorialmente delimitata; la clausola di supremazia è invece slegata da attività vincolate nell'*an* e da situazioni di inadempimento o errato adempimento, il suo esercizio sfocia nell'adozione di atti normativi di portata generale.

Per quanto riguarda la chiamata in sussidiarietà, non è così scontato che questa scompaia dall'orizzonte ordinamentale: scelta che dipenderà, in ultima analisi, dall'orientamento che la Corte costituzionale intenderà assumere. Come noto, nella giurisprudenza costituzionale l'impiego della chiamata in sussidiarietà era stato subordinato, fin dalla sentenza n. 303 del 2003, alla perdurante assenza di un'istanza politico-istituzionale di raccordo legislativo fra Stato e Regioni, vale a dire la seconda camera regionale o almeno la commissione prevista (e mai istituita) dall'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001. La costituzionalizzazione del

sistema delle conferenze sarà considerata dalla Corte un idoneo “sucedaneo” in questa prospettiva? La risposta resta aperta. A rigore, un margine per la sopravvivenza della chiamata in sussidiarietà vi sarebbe: ci si riferisce a quei casi in cui il moto ascendente delle competenze sorga dalla necessità di avocare allo Stato competenze amministrative, con correlativa traslazione delle potestà legislative pertinenti; laddove la clausola di supremazia opera con un modulo vettoriale inverso, partendo dalla competenza legislativa. Se i due istituti sopravvivessero entrambi, lo Stato avrebbe margini ancora più ampi d'intervento: la clausola di supremazia potrebbe essere invocata *ex ante* per operare interventi puramente regolatori; la chiamata in sussidiarietà potrebbe essere riconosciuta dalla Corte *ex post* nel caso d'interventi giustificati da esigenze di unificazione amministrativa.

3.6. Il problema della “definitività” delle posizioni espresse in Conferenza: l'assenso prestato come fattore preclusivo del ricorso in via principale e del conflitto intersoggettivo.

Per aumentare il peso e la stessa credibilità della Conferenza come sede decisionale definitiva sia per la co-gestione dell'indirizzo fra i diversi livelli territoriali, sia per la composizione del conflitto fra Stato e Regioni, si potrebbe prevedere che l'assenso prestato dallo Stato o dalle Regioni nell'ambito di intese e pareri precluda la successiva attivazione del ricorso in via principale o del conflitto intersoggettivo davanti alla Corte costituzionale. Ciò consente di contenere la proliferazione del contenzioso e il prolungamento in sede giurisdizionale del conflitto politico. Finora, questo scenario è stato in linea di massima escluso – seppure alcune sentenze si pongano in termini più sfumati e dubitativi (cfr. ad esempio sentt. nn. 235 del 2006 e 507 del 2002) – dalla giurisprudenza costituzionale argomentando sull'inapplicabilità dell'istituto dell'acquiescenza là dove, come nel caso delle competenze costituzionali, si faccia questione di attribuzioni inderogabili (cfr. le recenti sentt. nn. 31 del 2019, 171 e 38 del 2018).

Rispettare la parola data mi sembra però una forma ragionevole di invero della leale collaborazione.